

## ***AINDA (E SEMPRE) A PRESCRIÇÃO***

***Milton Sanseverino\****

*Juiz do Segundo Tribunal de Alçada  
Civil do Estado de São Paulo*

É muito comum, na prática, as partes travarem debate sobre a ocorrência ou não da chamada prescrição extintiva. Isto tem acontecido com inusitada frequência, sobretudo nas ações acidentárias, em função do disposto no artigo 18 da Lei nº 6.367/76 ou, então, em virtude do estatuído nos artigos 103 e 104 da Lei nº. 8.213/91.

Costuma-se discutir, nesses casos, se estaria prescrita a ação acidentária ou se esta, na realidade, seria imprescritível, ou, ainda, se prescrito estaria, ao contrário, o chamado *fundo do direito*, ou, eventualmente, nenhuma dessas coisas; ou, finalmente, se estariam prescritas apenas as prestações exigíveis periodicamente nos cinco anos anteriores à propositura da ação.

Em rápido estudo teórico, escrito e publicado já há alguns anos,<sup>1</sup> tentei demonstrar que a prescrição, a meu ver, não atinge a **ação**,<sup>2</sup>

---

\* Especial cortesia do jurista e grande colaborador, Doutor Milton Sanseverino.

<sup>1</sup> Intitulado: *Prescrição, da ação, do direito ou da pretensão?* (in RF 257/413; JUSTITIA 94/215; JURISCÍVEL DO STF 51/25).

<sup>2</sup> Entendida aqui como direito ou poder de ação, ou seja, como direito de acesso à jurisdição; ou, ainda, como o direito ou o poder de exigir a tutela jurisdicional do Estado num caso determinado, a fim de solucionar lide preexistente. Enfim, o direito subjetivo processual de ação, de substrato constitucional. Que não deve ser confundido com a ação do artigo 75 do Código Civil, a chamada ação do direito material (ou simplesmente ação material), de que fala parte da doutrina. Daí grafar PONTES DE MIRANDA "ação" (com aspas) e **ação** (sem aspas) para estabelecer a necessária diferença, correspondendo a primeira à **ação processual** (que esse ilustre autor chama de "remédio jurídico processual") e a segunda à **ação material** (*Comentários ao CPC*, Forense, Rio, 1979, 2ª. ed., Tomo III, p. 663, nº 5).

Pois bem. Essa **ação material** do artigo 75 do Código Civil outra coisa não é senão **pretensão**, ou seja, o **Anspruch** do direito alemão (v., neste sentido, ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Rio, 1977, 5. ed., nº. 359, p. 565). Assim, quando os artigos 177 e 178 do Código Civil aludem a **prescrição da ação** é importantíssimo entender corretamente o que querem dizer, pois estão a significar, na realidade, **prescrição da pretensão** (vale dizer: do equivalente em vernáculo ao **Anspruch** germânico).

**Ação**, aí, não significa, portanto, **direito subjetivo processual**, nem, muito menos, **direito subjetivo material**. Significa, sim, **pretensão**. Este instituto (**Anspruch**) foi concebido por WINDSCHEID em 1856 e introduzido no Código Civil alemão (artigo 194, I), por influência de suas idéias, "para que os efeitos de **ENFRAQUECIMENTO**" (*sobreleva notar: NÃO DE EXTINÇÃO*) do direito derivados da **prescrição** só se produzam em relação àquele sujeito em face do qual o titular não faça valer oportunamente seu direito", como informa LEHMANN, citado por ORLANDO GOMES (*ob. cit.*, nº. 88, p. 156, nota 7).

É altamente expressiva, como se vê, a correlação histórica entre **PRETENSÃO** e **PRESCRIÇÃO**, tendo uma nascido voltada para a outra, caráter inato até hoje conservado. Cuida-se, é fácil perceber, de dada incidível e insuperável, que de maneira alguma pode ser ignorada.

Apesar disso, no entanto, eminentes civilistas (como OERTMANN, MAZEAUD et MAZEAUD e, entre nós, CLÓVIS BEVILÁQUA, SERPA LOPES e outros), vergando ao peso de multiseccular tradição, aludem à prescrição da **ação** (processual) exclusivamente (*apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Forense, Rio, 1994, 15ª. ed., vol. I, p. 435, nota 5), à moda romanista, já que no direito romano, a partir do momento em que a *praescriptio* passou a existir, o entendimento era o de que fulminava a *actio* unicamente, deixando íntegro o direito, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*ob. e vol. cit.*, p. 435, nº. 121; v. porém, em contrário, o magistério de ALFREDO BUZAIID na nota 6 abaixo, o qual se afigura muito mais consentâneo com tudo que se conhece sobre o verdadeiro papel da *actio* no antigo direito romano, onde não ter ação equivalia, no fundo, a não ter direito, já que sem aquela este não podia ser exercido).

Ao passo que outros ilustres civilistas (como CARPENTER, por exemplo, na referência de SERPA LOPES) preferiam sustentar, entre nós, a extinção do próprio **direito** (subjetivo material) pela prescrição (M.M. DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, Liv. Freitas Bastos, Rio, 1988, 6ª. ed., vol. I, nº. 400, p. 497), nas pegadas da multicentenária controvérsia, que acabou se espalhando pela jurisprudência, como demonstra o douto voto vencido de fls. 106/111.

Uma terceira corrente defende o aniquilamento tanto da **ação** (diretamente) quanto do direito (indiretamente). Esta concepção corresponderia, segundo SERPA LOPES, à "mais recente doutrina", embora, pessoalmente, lhe negue o aval, preferindo manter-se apegado à primeira tendência (*ob.*, vol. e *loc. cit.*). Formam nesta terceira corrente, todavia, nomes ilustres e prestigiosos (W. DE BARROS MONTEIRO, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, MARIA HELENA DINIZ e outros - v. nota 6 abaixo).

nem, muito menos, o *direito subjetivo material*,<sup>3</sup> quando disponível, mas, sim, a **PRETENSÃO**,<sup>4</sup> ou seja, aquilo que os alemães chamam de "**Anspruch**"<sup>5</sup> e que no Brasil não tem merecido a devida atenção,<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Como em geral estabelecem as legislações alienígenas (sobretudo as européias continentais) e normalmente sustentam os processualistas civis, que se recusam a admitir a possibilidade de prescrever a **ação** (enquanto direito público subjetivo ou direito subjetivo processual) e não o direito subjetivo material, pelas razões resumidamente expostas na nota 6 abaixo, de conformidade com a lição sempre segura e abalizada de ALFREDO BUZAID (*A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, Saraiva, S. Paulo, 1986, 2ª. ed, n.º s 168 e 170, pp. 274/275 e 276/278).

<sup>4</sup> Que, em essência, outra coisa não é senão **exigibilidade**, ou seja, o **poder de exigir** - extrajudicialmente ou em juízo - algo que nos é atribuído ou conferido pelas regras do direito positivo (cf. MIGUEL REALE, "*Lições Preliminares de Direito*", Saraiva, S. Paulo, 1981, 9ª. ed., p. 257; v. tb. ensaio *cit.* na nota 1 supra). Vale dizer: é o poder de exigir (em juízo ou fora dele) o atendimento ou a satisfação de um direito subjetivo. Daí duas espécies de pretensão, que pode ser **material** (ou substancial) e **processual** (ou instrumental), sendo esta última comumente conhecida como **OBJETO LITIGIOSO** do processo (cf. KARL HEINZ SCHWAB, *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, trad. de Tomas A. Banzhaf, EJEA, B. Aires, 1968, pp. 5/6).

Como ensina CARNELUTTI, é a **exigência** de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio (*Sistema di Dirritto Processuale Civile*, CEDAM, Padova, 1936, vol. I, n.º 122, a, p. 345, *in fine*). Daí dizer-se que **pretensão** (material) é, em essência, **exigência**, **exigibilidade** ou **poder de exigir** uma prestação ou uma abstenção (ORLANDO GOMES, *ob. cit.*, n.º 88, pp. 156/158), ou seja, um bem jurídico qualquer (algo ou um **quid** de alguém. É o que se colhe, igualmente, em outros renomados mestres (cf., e.g., MIGUEL REALE, *ob. e loc. cit.*).

<sup>5</sup> Vocábulo que não possui correspondente exato em outras línguas, sendo geralmente traduzido por *pretensão*, como anota, v.g., SANTIAGO SENTIS MELENDO no prólogo da tradução argentina da monumental *Der Feststellungsanspruch* de A. WACH, com o título de *La Pretension de Declaracion*, escudado nos ensinamentos de autores do porte de GIOVANNI PUGLIESE, J. GUASP, L. PRIETO-CASTRO e NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (EJEA, B. Aires, 1962, pp. 10/14).

<sup>6</sup> Devido à quase centenária e altamente negativa influência exercida pela defeituosa redação do artigo 75 do Código Civil Brasileiro, que, inspirado em preceito semelhante do BGB alemão (§ 194), traduziu **anspruch** por **ação** (cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, Liv. Francisco Alves, Rio, 1959, vol. I, p. 63, inciso nota 136, e p. 255, obs. I, 1º. tópico), quando o mais correto, na esteira do acima exposto, teria sido traduzir essa palavra por "pretensão". A doutrina civilista clássica, interpretando ao pé da letra referido artigo 75 (que irradiou sua deletéria influência para toda a parte geral do Código Civil, a contaminando-a em vários pontos, dentre os quais aqueles atinentes à prescrição, como se vê nos seus artigos 177 e 178), bem como estes dois últimos preceitos, acabou disseminando a idéia - de forma largamente predominante - de que a *prescrição* atingiria a *ação*, extinguindo-a, e, dessa maneira, fazendo desaparecer, por via indireta, oblíqua ou reflexa, o direito subjetivo material (ou seja, o *direito por ela tutelado*, na linguagem dos doutrinadores clássicos), enquanto a *decadência*, ao reverso, afetaria diretamente aquele direito, aniquilando-o, e por via indireta oblíqua ou reflexa, como consequência disso, extinguindo a *ação* (cf., eg. W. de BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, Saraiva, S. Paulo, 1993, 31ª. ed., 1º vol., p. 288, penúltimo tópico; v. tb., a resp. dessa noção de prescrição, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que cita, em abono do seu magistério, RUGGIERO e MAROI, CARPENTER e ORLANDO GOMES - *in ob.*, vol. e loc. ult. cit., nota 7; idem: MARIA HELENA DINIZ, "Curso de Direito Civil Brasileiro", Saraiva, S. Paulo, 1994, 10ª ed., 1º. vol., p. 216, D, n.º 1 ).

Ou, como diz SÍLVIO RODRIGUES, na prescrição o que perece é a ação que garante o direito, enquanto que na *decadência* é o próprio direito que fenece" (*Direito Civil*, Saraiva, S. Paulo, 1994, 24.<sup>a</sup> ed., vol. I, n.º 157, p. 323, *in fine*, e p. 324, início).

De uns tempos para cá, entretanto, tem sido possível constatar notável reação a essa antiga tendência, que nada tem de científica, como mostram escritos mais recentes de vários autores de porte. CALMON DE PASSOS, por exemplo, ao cuidar da **prescrição** (em confronto com a *decadência*), comentando o inciso IV do artigo 295 do CPC, fala textualmente em **perda do poder de exigir pretensão**", deixando claro, assim, que a prescrição (ao contrário da *decadência*, que atinge e aniquila o direito subjetivo material **indisponível**) fulmina a **exigibilidade**, ou seja, a **pretensão** (*Comentários ao CPC*, Forense, Rio, 1989, 6.<sup>a</sup> ed., vol. III, p. 270, n.º 175.1).

HÉLIO TORNAGHI, por sua vez, escreve que a **prescrição** "não consiste na perda do direito, mas no enfraquecimento dele pelo **desaparecimento da exigibilidade** (o *Anspruch* dos alemães, a **pretensa** dos italianos). Em outras palavras, o direito perde o que os romanos chamavam *actio* e que **não é o mesmo que hoje denominamos ação** (*Comentários ao CPC*, RT, S. Paulo, 1978, 2.<sup>a</sup> ed., vol. II, p. 349). Em sentido substancialmente idêntico, lembrando que **não se deve confundir pretensão (material) com ação** (que assimila à pretensão processual): ORLANDO GOMES, ob. cit., n.º 88, p. 157).

Eis aqui o motivo da confusão reinante entre os nossos antigos praxistas e, até hoje, entre os nossos civilistas clássicos, que, aparentemente, não se deram conta de que no antigo direito romano a prescrição implicava perda do direito porque, sendo a ação a ele imanente ou dele indissociável (por isso que quem não tinha *actio* não possuía *jus*, como adverte BUZALD, a perda da ação pela prescrição importava, necessariamente, perda do direito (subjetivo material) a ela acoplado (ob. cit., n.º 169, p. 275, *in fine*, e 276, início).

Hoje, entretanto, o quadro é totalmente diferente, mostrando-se completamente superada essa concepção, máxime depois de definitivamente demonstrada, a partir do último quartel do século passado, com as obras magistrais de BÜLOW (*Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, comumente traduzida como "A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais", publicada em Giesen em 1868) e de WACH (*Der Feststellungsanspruch*, que originariamente integrou uma coletânea de estudos jurídicos publicada pela Faculdade de Direito da Universidade de Leipzig em homenagem a B. Windscheid, em 1888), para não mencionar a célebre polêmica WINDSCHEID-MUTHER (*Polemica Intorno All'Actio*, trad. italiana de G. Pugliese, Sansoni, Firenze, 1954), a autonomia da ação (processual) frente ao direito subjetivo material.

Dá dizer TORNAGHI, com inteiro acerto, que "com a prescrição não desaparece o direito e sim a possibilidade de fazê-lo valer. Também a ação fica de pé, pode ser movida: será inútil para fazer valer o direito mas terá a utilidade de obter uma decisão judicial que espanque dúvidas quanto à prescrição" (ob. e vol. cit., p. 349, *in fine*, e p. 350, início). O mesmo, em essência, é dito por ORLANDO GOMES ao observar, a respeito da exceção de prescrição, que "o direito paralisado pela exceção não é destruído; apenas não pode ser exercido, sem que o obstáculo seja removido" (ob. cit., n.º 89, p. 158, *in fine*, e p. 159, início). Logo, a prescrição não afeta o direito, nem a ação, mas a pretensão.

Impossível ignorar, destarte, essa nova (para nós brasileiros) realidade, sendo imperativo considerar, por conseguinte, essa outra categoria ou situação jurídica subjetiva que é a **pretensão**, e que na verdade não se confunde com o direito subjetivo material, nem com a ação (direito subjetivo processual), como ensina CARNELUTTI (*Sistema di Diritto Processuale Civile* cit., vol. I, n.º 122, a e b, p. 346).

De modo que, havendo prescrição consumada, e, o que é mais importante, desde que seja alegada no processo pelo réu, ela atinge e aniquila, realmente, a **pretensão**, dela ficando privado, daí por diante, o direito subjetivo material, cujo titular, perde, assim, a **exigibilidade** que antes o acompanhava (cf., a resp., MIGUEL REALE, ob. cit., pp. 257/258).

costumando a doutrina e a jurisprudência tradicionais fixar-se, bem por isso, exclusivamente no binômio *direito* (subjeto material)-ação (processual), quando, na realidade, são *três* (direito, pretensão e ação) e não apenas *dois* os institutos que neste passo exigem consideração.<sup>7</sup>

Não se justifica, de fato, falar em prescrição da ação porque, sendo esta uma **garantia constitucional**<sup>8</sup> por excelência, não teria sentido admitir o seu desaparecimento ou a sua morte (que a tanto equivaleria a sua extinção pelo decurso do tempo, aliado à inatividade do titular do direito disponível) por não ter sido exercida num determinado prazo previsto em lei.<sup>9</sup>

Isto equivaleria a aceitar a supressão ou a extinção de uma garantia constitucional por vontade da parte, ou seja, por sua livre deliberação, caso esta queira ou prefira se manter inerte, deixando de propor a ação cabível no prazo instituído em lei, quando se sabe que a **renúncia** ao direito de ação (ainda mais tácita!) não é admitida pela

---

É inegável essa translúcida evidência, de clareza solar. Não é por outra razão, de certo, que CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que no 1º vol. de sua magnífica obra sustenta a posição anteriormente mencionada (v. acima), no 2º vol. dessa mesma obra assevera, sem hesitação, atento a essa inescandível realidade, que a **prescrição extingue a pretensão (Anspruch)** (*Instituições* cit., 1972, 3ª. ed., vol. II, nº. 163, p. 205, início).

<sup>7</sup> Se não forem quatro, a nos lembrarmos daqueles que distinguem a **ação** (em potência; ou o direito constitucional de ação, que seria o “direito de agir ou de exigir em juízo”) da **demand**a (ou a ação *in concreto*, em ato, isto é, proposta ou concretamente exercida perante o Judiciário num caso determinado; “ato inicial de exercício da ação, provocador do exercício da jurisdição e determinante do âmbito de atuação jurisdicional”, como ensina CÂNDIDO R. DINAMARCO - *in Execução Civil*, Malheiros Edit., S. Paulo, 1993, 3ª. ed., nº. 249, p. 383; v. tb. “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, RT, S. Paulo, 1986, nº. 72, pp. 129/131).

Abstraida a **pretensão** e adaptando a visão tradicional (e ainda dominante) entre os civilistas, parece que a prescrição nessa nova perspectiva, atingiria a *demand*a, permanecendo incólume a **ação**, se não há engano.

<sup>8</sup> De acesso à jurisdição, nos termos do artigo 5º., XXXV, da CF. Por outras palavras: o direito ou o poder de exigir do Estado a tutela jurisdicional no caso concreto, a fim de equacionar litígio preexistente, fazendo aquilo que se pode chamar de **heterocomposição da lide**, em meio à patologia da vida e realizando obra - que lhe cabe empreender - de pacificação social.

<sup>9</sup> A prescrição pode ser vista, realmente, como o resultado da combinação de dois elementos ou de dois fatores fundamentais: inércia do titular de um direito (disponível) + decurso de um certo prazo (ou de um certo tempo) previsto em lei para propositura de uma ação (cf., dentre outros, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob e vol. cit., nº. 121, p. 436, penúltimo tópico). Daí poder dizer-se, em termos matemáticos ou algébricos, que  $P = I + P$  (ou  $T$ ); onde:  $P$  = prescrição;  $I$  = inércia do titular do direito;  $P$  = prazo estabelecido pela lei para propositura de uma certa ação;  $T$  = tempo previsto em lei para propositura dessa mesma ação.

mais autorizada doutrina exatamente por importar essa consequência, que se tem na conta de intolerável.<sup>10</sup>

Demais disso, tanto não morre ou não se extingue o direito ou o poder de ação (ou a ação em si, é indiferente, desde que entendida como sendo **ação processual**) que, havendo prescrição consumada, mas não sendo esta alegada pelo réu, o processo se desenvolve e termina normalmente, a demonstrar que a ação não só se manteve viva (apesar da prescrição) como, inclusive, deu início ao processo onde aquela exceção substancial poderia ter sido alegada, mas não foi.

Por outro lado, mesmo quando invocada pelo sujeito passivo da relação processual em sua defesa, é bem de ver que tal alegação é feita **no processo**, que foi iniciado - impossível ignorar - por meio da **ação** supostamente morta ou extinta pela prescrição. Ora, a ciência ensina (e a simples observação daquilo que ordinariamente acontece na vida também revela) que nenhum corpo, organismo ou instituto **morto** (perecido, extinto e, pois, **inexistente**) pode dar origem a algo **vivo** (e, pois, **existente**), como um **processo** em desenvolvimento.

Afinal, se a prescrição, quando consumada **antes** do processo e **neste** alegada pela parte interessada, **nele** é reconhecida, isto significa, necessariamente, que não atingiu a **ação**, nem, muito menos, a extinguiu, pois, se fosse assim, aquele não teria nascido, não se teria formado, visto surgir ou se iniciar, precisamente, com a propositura da **ação** (que, destarte, não estava e não está morta, tanto que o recurso, quando interposto pelo autor, pode ser encarado como sendo - nada mais, nada menos - que a ação levada ou estendida até o segundo grau de jurisdição).

Por outro lado, a prescrição também não atinge nem aniquila o direito subjetivo material, quando seja disponível, quer direta, quer indiretamente. Basta ver o que acontece, por exemplo, na hipótese de pagamento de dívida prescrita (a chamada obrigação natural, por isso

---

<sup>10</sup> Tanto quanto intolerável ou inaceitável seria a supressão ou a extinção pura e simples de outras garantias constitucionais (como v.g., o direito à vida, à incolumidade física, à liberdade de ir e de vir, à liberdade de pensamento, de associação, de convicção religiosa, etc.) por vontade declarada ou não externada pela pessoa, pouco importa, isto é, por ação ou por omissão - da parte ou do interessado (vale dizer: do destinatário da norma constitucional).

que insuscetível de cumprimento compulsório em juízo, na medida em que o devedor queira alegar e efetivamente alegue a existência de prescrição), como ensina a melhor doutrina.<sup>11</sup>

Nesta hipótese, se a prescrição realmente atingisse o direito subjetivo material (*direito tutelado pela ação*, como se dizia outrora), mesmo reflexamente, desapareceria o direito de crédito, ou seja, desapareceria o direito do credor. Sendo assim, a rigor, nem haveria mais devedor (pois desapareceria, igualmente, o correlato débito; afinal, se não há crédito, não pode haver débito sem correspondência com aquele, isto é, débito isolado, solto, sem contrapartida ou perdido no mundo jurídico).

De modo que, ao pagar, o *solvens* na verdade estaria efetuando pagamento indevido ou **sem causa** (posto desaparecido o crédito que o justificaria, se existisse), o que lhe daria o direito de pedir de volta (ou de repetir) o que pagara indevidamente. A realidade, entretanto, é bem outra, sabido, como é, que não se pode repetir o pagamento espontâneo de dívida prescrita.

Isto demonstra que o pagamento foi efetivado **com causa**, isto é, que, inobstante a prescrição consumada, o **direito de crédito** continuou existindo. Por isso, quem saldou a dívida pagou bem e quem recebeu o pagamento também **recebeu bem**, não estando sujeito a devolução, pois o seu direito de crédito foi extinto pelo pagamento e não pela prescrição.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Cf., eg. PLANIOL, RIPERT e BOULANGER, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. II, nº. 2.104, *apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ob. e vol. cit.* p. 436, nota 8.

<sup>12</sup> Não convence, *data venia*, a explicação dada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, para quem, em lugar de uma obrigação natural, haveria nessa hipótese, isto sim, um *dever moral*, em função do qual o pagamento seria bem realizado, não ensejando repetição. Afinal, direito e moral são inconfundíveis e inassimiláveis, ao menos neste campo, pois a moral envolve sabidamente questões de foro íntimo, impondo sanções unicamente no plano da consciência individual e não se projetando coativamente no mundo exterior, sem atribuir direitos, faculdades, deveres ou obrigações a quem quer que seja, ao contrário do direito, como ensina, aliás, esse mesmo autor em outro passo de sua portentosa obra (*"Instituições"* *cit.*, vol. I, nº. 1, pp. 9/10).

Diz ele, não obstante, que se lhe afigura esdrúxulo possa existir direito sem ação, isto é, sem os meios de exercê-lo eficazmente, acrescentando que se o direito é reconhecido, não tem sentido desvesti-lo do poder de persecução em juízo (*ob. e vol. cit.*, nº. 121, p. 435, último tópico). Não esclarece, porém, o porquê disso, deixando de fornecer os fundamentos pelos quais lança essas objeções, que, assim, ficam dependendo de maiores esclarecimentos para que possam ser compreendidas e, se for o caso, levadas em conta.

Donde a constatação de que a prescrição, apesar de consumada, deixa incólume o direito (subjeto material). Ora, se ela não atinge e não extingue nem a ação (enquanto direito subjetivo processual de substrato constitucional), nem o direito (subjetivo material), parece óbvio que deve atingir e aniquilar alguma outra coisa, sob pena de não ter objeto, de girar em falso ou de gravitar no vazio, inocuamente, perdendo a própria razão de existir.

Daí a conclusão, à luz das considerações anteriormente feitas sobre o artigo 75 do Código Civil (v. nota de rodapé nº. 2 retro), de que a prescrição, na realidade, atinge e fulmina a **ação do direito material**, ou seja, a **pretensão (Anspruch)**, extinguindo o poder que tinha o credor, antes dela, **de exigir** (particularmente em juízo) o atendimento **compulsório** ou a satisfação **coativa** (i.e., independentemente da colaboração ou da vontade do devedor e até contra esta, sendo caso) do seu direito subjetivo material, **exigindo** do Estado, se necessário, providências efetivas para a consecução prática desse resultado útil (**pretensão processual**).<sup>13</sup>

Sem afetar, porém, o direito ou o poder de ação ou, mesmo, o direito subjetivo material, direta ou indiretamente. Tanto que, se aquela for proposta, sem embargo da prescrição, e se esta não for alegada pelo réu, a atividade processual desenvolver-se-á normalmente, culminando, mais cedo ou mais tarde (ao menos no comum dos casos), com o resultado final anteriormente mencionado.

A evidenciar que o que desapareceu com a prescrição foi apenas o poder de exigir a atuação coativa do Estado (pretensão processual) a

---

Fica difícil de entender, destarte, como possa a moral constituir causa jurídica, já que *pagamento* irrepetível é assunto jurídico e não estritamente moral) exclusiva e eficiente do aludido pagamento. Numa esfera em que os dois círculos - do direito e da moral - são paralelos ou contíguos e não concêntricos, não se interpenetrando, como demonstra a situação em que o devedor, favorecido pela prescrição, a alega no processo, ficando desse modo liberado juridicamente de um pagamento que, todavia, pela moral ele sabe ser devido. Vale dizer: pela moral ele está obrigado a pagar, mas pelo direito não. Bem entendido: está obrigado a pagar perante sua própria consciência, não perante o credor, que dele nada pode exigir.

<sup>13</sup> Daí dizerem alguns que, a rigor, a prescrição não aniquila a pretensão em si mesma, apenas permite que lhe seja oposta uma exceção peremptória (ENNECCERUS, *Tratado*, Parte Geral, § 218 - *apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *in ob. e vol. cit.*, p. 435, nota 6), ou seja, uma defesa que, sendo procedente, impede o desfecho do processo de modo favorável ao autor. Afinal, tudo depende da vontade do réu; dele querer ou não alegar tal matéria em sua contestação, assumindo, caso alegue, o caráter de uma *exceção substancial* (por isso, aliás, é matéria de mérito e não simples preliminar - v. artigo 269, IV, do CPC).



favor do autor (credor), **na medida em que seja invocada pelo réu (devedor) no processo**, uma vez que, diante de tal alegação e positivamente a sua procedência, o Estado ver-se-á compelido a recusar ao autor (credor) a tutela jurisdicional a que este faria jus em condições normais, isto é, não fosse a prescrição consumada e regularmente alegada pelo interessado,<sup>14</sup> a qual imporá a extinção pura e simples do processo com base nela, ou seja, sem discussão ou sem consideração de qualquer outro aspecto relativo ao mérito da causa.<sup>15</sup>

Tudo isso serve para demonstrar, portanto, que certa está, a meu ver, a orientação adotada pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e por outros Tribunais, em múltiplos julgamentos, no sentido de não ter havido prescrição do chamado *fundo do direito* (terminologia empregada de uns tempos a esta parte, principalmente, pela jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, como teve oportunidade de demonstrar o douto voto vencido proferido pelo eminente Juiz JOÃO SALETTI no julgamento da apelação a que se referem os EI n.º. 348.682-1/3, de Moji das Cruzes, dos quais fui Relator com o voto n.º. 379 - 3ª. Câm., j. em 31-5-94, m.v.), ou seja, do direito subjetivo material do autor ou da autora da ação acidentária, em sua derradeira, mais ampla e mais completa acepção, como entendeu, v.g., a douta Maioria no caso anteriormente mencionado.

Cabe acrescentar, rematando, que, à vista das disposições legais aplicáveis neste campo e considerando o que geralmente consta dos autos nos casos concretos, a prescrição há de ser reconhecida, comumente (máxime quando incidentes os artigos 103 e 104 da Lei n.º.

---

<sup>14</sup> A demonstrar que o alcance da prescrição na verdade vai muito além da só pretensão material, acabando por invadir e por comprometer a própria pretensão processual do autor (credor), na medida em que alegada pela parte interessada, visto retirar àquele a garantia de uma atividade estatal completa e acabada que normalmente a acompanha e sem a qual ficará virtualmente reduzido à inanidade o direito subjetivo, a ponto de se apresentar estreitamente vinculada ao conceito mesmo deste último (cf., a resp., MIGUEL REALE, *ob. cit.*, pp. 257/258). Daí a conveniência de aludir-se à **pretensão tout court** ao cogitar de prescrição.

<sup>15</sup> Onde a conclusão final de que não mais se justifica, nos dias atuais, falar em prescrição da ação (processual) ou em prescrição do direito (subjetivo material), ou, se preferir, do *fundo do direito*, pois isto equivale a adotar escusado romanismo, de todo incompatível (por superado na atualidade) com as conquistas mais recentes nesta área e com o atual estágio de desenvolvimento da ciência do direito como um todo. Daí não poder concordar, lamentavelmente, mais imbuído da necessária humildade, com o entendimento que tem prevalecido na E. Suprema Corte, de conformidade com a referência contida no douto voto vencido (fls. 106).

8.213/91, ou, então, quando inaplicáveis - por qualquer razão - os incisos I a III do artigo 18 da Lei n°. 6.367/76 ), só no tocante às pretensões ou prestações<sup>16</sup> vencidas e não exigidas antes de completados os cinco anos imediatamente precedentes à **propositura da ação**, ou seja, pretensões ou prestações imediatamente anteriores ao **ingresso em juízo**, nos termos do artigo 219, § 1º., do CPC, c.c. o artigo 263, 1ª. parte, do mesmo diploma legal.

Assim, já teve oportunidade de julgar, aliás, em sessão de 5-9-94, a C. Terceira Câmara do E. Segundo Tribunal de Alçada Civil deste Estado ao apreciar os EI n°. 384.078-1/1, de São Caetano do Sul (embargante o Ministério Público do Estado de São Paulo e embargado o INSS), de que fui Relator com o voto n°. 627.

---

<sup>16</sup> Entendida **prestação**, aqui, em acepção **jurídica** ou **técnica**, como convém, isto é, como **OBJETO DA OBRIGAÇÃO** (no caso, obrigação de indenizar ou de reparar as consequências do infortúnio laboral, que toca ao INSS), e não em sentido comum ou vulgar, que é aquele comumente encontrado nos dicionários não especializados. Sobre **prestação**, como **objeto da obrigação**, tal qual se entende na atualidade em boa doutrina, v., dentre outros, W. DE BARROS MONTEIRO, *ob. cit.*, 1994, 27ª. ed., 4ª. vol. p. 18, nº. 3.

O que acontece é que o **objeto da obrigação** pode ser **uno** (unitário, monolítico ou de cumprimento instantâneo = único ato) ou **fracionado** (parcelado ou de cumprimento distendido no tempo, apresentando-se dividido em duas ou mais frações ou parcelas). Disso decorre que a **prestação** - enquanto objeto da obrigação - também pode ser **unitária**, **dual** ou **múltipla**, conforme o caso. **Prestação**, portanto, não é, necessariamente, sinônimo de **pagamento parcelado** ou de **cumprimento fracionado da obrigação** (parcela do preço, por exemplo, como usual e vulgarmente se imagina), podendo haver **prestação una** ou **única**, quando a obrigação apresente objeto física ou juridicamente incindível, seja por imposição legal, seja por declaração de vontade.